ТЕОРЕТИКО-ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРАВОВЫЕ НАУКИ



УДК 340.1

Научная статья

https://doi.org/10.23947/2949-1843-2023-1-1-18-30



Проблемы систематизации источников права

Л. Г. Берлявский[1, 2]

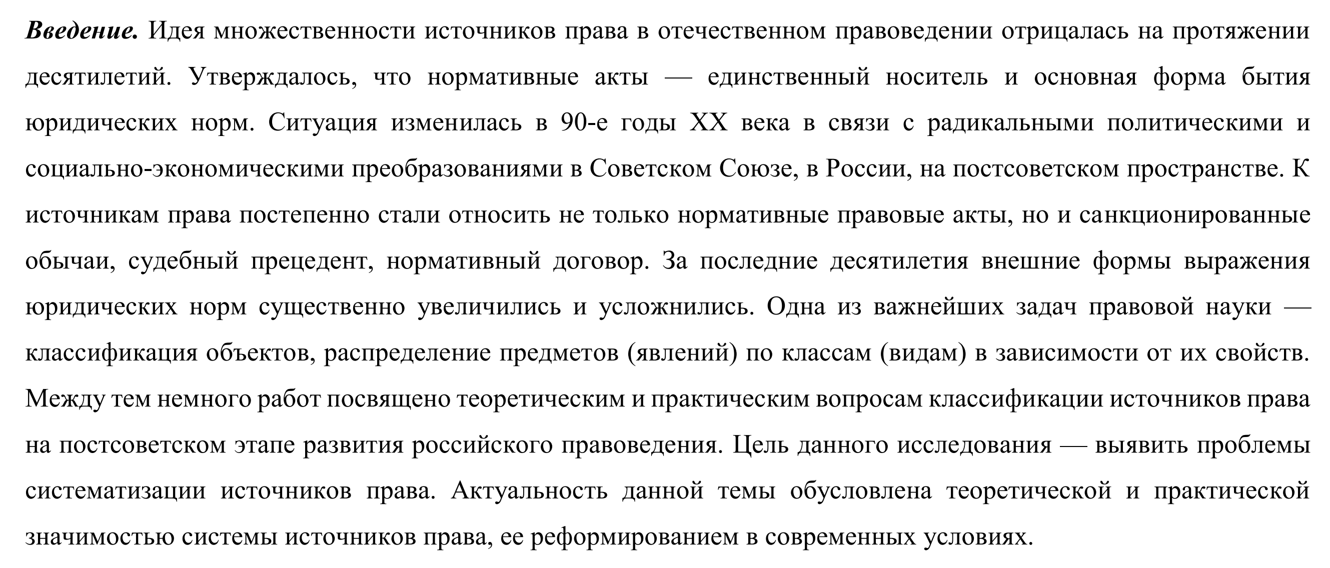
[1] Донской государственный технический университет, Российская Федерация,
г. Ростов-на-Дону, пл. Гагарина, 1

[2] Ростовский государственный экономический университет (РИНХ), Российская Федерация,
г. Ростов-на-Дону, ул. Большая Садовая, 69

✉berlg@yandex.ru



Аннотация



Введение. Идея множественности источников права в отечественном правоведении отрицалась на протяжении десятилетий. Утверждалось, что нормативные акты — единственный носитель и основная форма бытия юридических норм. Ситуация изменилась в 90-е годы XX века в связи с радикальными политическими и социально-экономическими преобразованиями в Советском Союзе, в России, на постсоветском пространстве. К источникам права постепенно стали относить не только нормативные правовые акты, но и санкционированные обычаи, судебный прецедент, нормативный договор. За последние десятилетия внешние формы выражения юридических норм существенно увеличились и усложнились. Одна из важнейших задач правовой науки — классификация объектов, распределение предметов (явлений) по классам (видам) в зависимости от их свойств. Между тем немного работ посвящено теоретическим и практическим вопросам классификации источников права на постсоветском этапе развития российского правоведения. Цель данного исследования — выявить проблемы систематизации источников права. Актуальность данной темы обусловлена теоретической и практической значимостью системы источников права, ее реформированием в современных условиях.

Материалы и методы. Методология исследования представлена общенаучными и специальными юридическими методами. В связи с быстро меняющимся в научном сообществе отношением к данным методам, приоритет в исследовании отдавался современным источникам. Проанализированы концептуальные утверждения авторов, что в синтезе с собственным эмпирическим опытом позволило сформулировать ряд положений.

Результаты исследования. Одна из важнейших задач науки — классификация объектов, распределение предметов (явлений) по классам (видам) в зависимости от их свойств. Установлено, что в российском правоведении единичными являются работы, посвященные теоретическим и практическим вопросам систематизации и классификации источников права. Многообразие теоретических подходов к пониманию сущности феномена источника права в юридической науке, диаметральная противоположность авторских трактовок его содержания закономерно приводят к проблемам систематизации источников права. Признано, что проблема классификации источников права находится в стадии разработки и не получила однозначного решения.

Рассмотрены различные подходы к классификации источников права. Проанализирован статус кодифицированных актов в системе законодательства.

Обсуждение и заключения. Выявлены проблемы систематизации источников права. Трудности вызваны тем обстоятельством, что в понимании источников изначально заложена дихотомия (источники — формы), предполагающая выделение самостоятельных видов при одновременно понятийной и терминологической неопределённости. Система источников российского права продолжает динамично развиваться. Происходит неуклонное расширение круга источников права в российской правовой системе, что напрямую связано с процессом сближения основных правовых систем, прежде всего, романо-германской и англо-саксонской.

Ключевые слова: систематизация, источник, право, нормативные акты, санкционированный обычай, судебный прецедент, нормативный договор.

Благодарности. Автор выражает благодарность рецензенту, чья критическая оценка материалов и предложения по их совершенствованию способствовали значительному повышению качества статьи.

Для цитирования. Берлявский, Л. Г. Проблемы систематизации источников права / Л. Г. Берлявский // Правовой порядок и правовые ценности. — 2023. — Т. 1, № 1. — С. 18–30. https://doi.org/10.23947/2949-1843-2023-1-1-18-30

Original article

Problems of the Sources of Law Systematisation

Leonid G. Berlyavsky[1, 2]

[1] Don State Technical University, 1, Gagarin Sq., Rostov-on-Don, Russian Federation

[2] Rostov State University of Economics (RSUE), 69, Bolshaya Sadovaya St., Rostov-on-Don, Russian Federation

✉berlg@yandex.ru

Abstract

Introduction. In the national legal science the concept of the sources of law multiplicity had been denied for decades. It was alleged that legislative acts are the only embodiment and the main form of the legal norms existence. The situation changed in the 90s of the twentieth century due to the crucial political and socio-economic transformations that took place in the Soviet Union, in Russia, on the former Soviet Union territory. Gradually not only legislative regulatory acts, but also authorized practice, judicial precedent, normative contract have become referred to as the sources of law. Over the past decades, the range of external forms of the legal norms expression has significantly expanded and become more complicated. One of the legal science most important objectives is classification of objects, distribution of objects (phenomena) by classes (types) depending on their characteristics. However, there are just few works focusing on the theoretical and practical issues of the sources of law classification within the post-Soviet period of the Russian legal science evolution. The aim of this study is to identify the problems in the sources of law systematisation. The relevance of this topic is determined by the theoretical and practical significance of the sources of law system, its reformation in the modern conditions.

Materials and Methods. The research methodology consists of the general scientific and special juridical methods. Due to the rapidly changing attitude towards these methods among the scientific community the priority in the research was given to the contemporary sources. The conceptual statements of other authors were analysed and integrated with the own empirical experience which jointly made it possible to formulate the number of provisions.

Results. One of the most important objectives of science is classification of objects, distribution of objects (phenomena) by classes (types) depending on their characteristics. It has been found that in the Russian legal science just single works are focusing on the theoretical and practical issues of the sources of law systematisation and classification. The diversity of theoretical approaches to understanding the essence of the source of law phenomenon in the legal science, the diametrical opposite of the authors' interpretation of its meaning has accordingly led to the problems in the sources of law systematisation. It has been recognised that the problem of the sources of law classification is in the process of investigation and has not received the unified solution. Various approaches to the sources of law classification have been considered. The status of codified acts in the legislative system has been analysed.

Discussion and Conclusions. The problems in the sources of law systematisation have been revealed. The difficulties are caused by the dichotomy (sources — forms) which a priori underlies the sources comprehension and presupposes distinction of the independent types under both conceptual and terminological uncertainty. The Russian sources of law system continues to develop dynamically. In the Russian legislative system the range of sources of law steadily expands, which is directly related to the process of convergence of the main legal systems, first of all the Romano-Germanic and Anglo-Saxon systems.

Keywords: systematisation, source, law, legislative acts, authorized practice, judicial precedent, normative contract.

Acknowledgements. The author expresses gratitude to the reviewer, whose critical assessment of the materials and suggestions for their improvement contributed to significant improvement of the article's quality.

For citation. L. G. Berlyavsky. Problems of the Sources of Law Systematisation. Legal Order and Legal Values, 2023, vol. 1, no 1, pp. 18–30. https://doi.org/10.23947/2949-1843-2023-1-1-18-30

Введение. Неизменность источников права, традиционно признаваемых в качестве системообразующего явления, ядра правовых систем и семей, позволяет относить их к числу традиционных. Сторонники классификации источников на традиционные и нетрадиционные или типичные и нетипичные относят к числу нетипичных нормы международного права, правовые позиции судов, правоприменительную практику, акты негосударственных образований, доктрину, которую нередко называют квазиисточником. Популярность данной классификации, в свою очередь, порождает новые теоретические построения, например, традиционные источники права противопоставляются понятию «поднормативное регулирование» [1, с. 56]. В последнем случае использование авторами термина «поднормативное регулирование» отражает попытку встроить «нетипичные», «негосударственные» источники права в единую иерархическую систему с «традиционными» нормативными актами.

Представляется, что многие авторы пытаются выстроить непротиворечивую классификацию, исходя из обязательности деления источников на нормативные акты и все остальные. Причём исходным тезисом в таких построениях является однозначный приоритет нормативных актов, их главенство в сравнении с иными формами существования норм права. В этой связи интерес представляют предлагаемые зарубежными учёными

альтернативные концепции системы источников права. В качестве примера Т. Н. Данцева приводит обоснованное Г. Хартом подразделение источников права на формальные обязательные и формальные необязательные, выделение Дж. Остином прямых (явных) и неявных приказов суверена [2].

Подобные неиерархические построения снимают остроту проблемы деления источников на основании противопоставления воли государства и воли институтов гражданского общества.

В зависимости от направления правового воздействия принято выделять источники частного и публичного права, а также источники различных отраслей права (конституционного, налогового, гражданского, медицинского и др.). В современных условиях особую актуальность приобретают источники информационного права.

Отметим, что подобное деление является прямым следствием проанализированных ранее свойств классической правовой парадигмы с её дуализацией категорий и стремлением к классификации правовых явлений.

Однако в современной правовой реальности применение подобного подхода порождает закономерные сложности. В качестве примера сошлёмся на дискуссию по поводу отнесения Конституции Российской Федерации к числу источников различного рода отраслей российского права — аграрного, экологического, права социального обеспечения [3] и др. В работе, посвящённой гражданскому процессуальному законодательству России, автор прямо задаётся вопросом: «Вправе ли суд непосредственно применять Конституцию как источник гражданского процессуального права?» [4, с. 30].

Продолжающийся спор о том, какова природа и сущность таких явлений, как правоизменяющие нормы, правопрекращающие нормы, нашёл отражение в выделении так называемых «инструментальных» источников права. В эту категорию включают систему способов придания норме права юридической силы, в том числе — законотворчество, подзаконное нормотворчество, референдум, судебную практику, согласование правотворческих субъектов при заключении нормативных договоров и т.п.

В этой связи А. Ф. Шебанов предлагал различать основные и вспомогательные источники права. К вспомогательным он относил доктрину, акты, разъясняющие, уточняющие, дополняющие другие акты, акты–поручения тем или иным органам издать нормативный правовой акт, перечни актов, утративших силу, перечни изменённых актов без изложения их содержания [5].

Нельзя не отметить, что в череде бесчисленных вариаций на тему юридических и неюридических источников и отнесения стандартного набора форм к различным группам источников отдельные авторы предлагают довольно оригинальные решения. Необычную позицию по вопросу об источниках права высказывают саратовские учёные. Исследуя проблему поднормативного правового регулирования, они обращают внимание на то, что правоприменитель в тех случаях, когда прямое указание закона отсутствует, в целях толкования, разъяснения, «субсидиарного опосредования» общественных отношений использует такие правовые конструкции, как юридические презумпции, фикции, преюдициальные факты, оценочные понятия, а также аналогию закона и аналогию права. Это позволяет не только эффективно разрешить конкретный спор, но и компенсировать недостатки ранее созданных и не соответствующих реалиям правовых норм [1].

Однако широкого распространения, а также выхода за пределы теоретических исследований подобные идеи не находят. Таким образом, есть все основания признать, что проблема классификации источников права находится в стадии разработки и не получила однозначного решения.

В правовой науке вопрос о систематизации источников права, как справедливо отмечает Н. Н. Вопленко, не получил развёрнутого и всестороннего исследования. По существу, проблема классификации источников права

сведена к систематизации нормативных актов [6].

В то же время, начиная с периода становления системной методологии (середина XX века), данная проблема приобрела большую актуальность. Возникло представление об имманентности признака системности источникам права (как и самому праву в целом), начались поиски оснований системности и факторов, определяющих конфигурацию системы источников права и их иерархию. В отечественной науке вопросами системности источников права занимались А. Н. Бабай, Н. Н. Вопленко, М. Н. Марченко и др. [6–8]. Цель данного исследования — это выявить проблемы систематизации источников права.

Материалы и методы. Методология исследования представлена общенаучными и специальными юридическими методами. В связи с быстро меняющимся в научном сообществе отношением к данным методам, приоритетным является исследование современных источников. Анализ концептуальных утверждений исследователей выявленных проблем, а также синтез собственного эмпирического опыта позволили сформулировать ряд положений. Так, в ряде исследований категории «источник права» и «источник знаний о праве» («источник познания права») фактически отождествляются. Граница, отделяющая действующий источник от момента перехода его в преюдициальные факты «бывших», используемых в целях получения знаний об истории правового регулирования, определяется его способностью воздействовать на общественные отношения, признанием за ним юридической силы на момент обращения к нему. Г.Ф. Шершеневич, классик российского правоведения, относил к числу источников права «средства познания действующего права», а также «исторические памятники, которые когда-то имели значение действующего права» [9, с. 368–369]. В современной оригинальной конструкции, позволяющей бесконфликтно объединить историко-правовой и нормативно-правовой аспекты актов раннеклассовых государств, речь идет о так называемых «первичных юридических письменных источниках». В их числе указываются не только привычные законы, кодексы, но и, например, священные агрокалендари, детально регламентировавшие распорядок жизни членов раннеземледельческой общины. Данный методологический подход перспективен тем, что позволяет абстрагироваться от неизбежного несоответствия подобных актов как букве, так и духу современного права.

Результаты исследования. Обобщая авторские критерии классификации источников права, можно выделить следующие основные подходы. Прежде всего, применяется классификация на основе критерия определённости (объективности) правовых предписаний. Данное направление тесно связано с рассмотренным выше подразделением источников права на материальные и формальные.

В большинстве работ исходным является тезис об определённости предписаний, правовых норм как важнейшем признаке права. Следовательно, такого рода определённость служит основанием возведения источников, содержащих нормы с большей степенью определённости, в ранг основных. С. А. Дробышевский и Т. Н. Данцева утверждают, что достижение цели в построении системы источников права в «независимом политическом обществе» неизменно решалось посредством определения формальных источников права и их систематизации в зависимости от юридической силы [10]. Имманентный нормативным актам общий характер норм неизменно требовал дополнительных источников, но это вынужденная мера, на которую государство шло, неизменно ограничивая их действие и устанавливая иерархию во главе с законом (легизм). Главный дефект, возникающий при применении указанного подхода к классификации, состоит в том, что наиболее определённые нормы, закреплённые в законах и иных нормативных правовых актах, на практике не обязательно представляют собой ядро системы источников, — это характерно только для романо-германской правовой семьи. Более того в ряде случаев, например, в периоды революционных потрясений даже в романо-германском правовом мире они уступают своё место иным формам объективации правовых предписаний – политическим декларациям, актам

чрезвычайного законодательства, подзаконным актам.

Другой подход — классификация через правовую семью — реализован в классических работах Р. Давида, в исследовании источников права М. Н. Марченко, из числа новейших работ — в диссертации А. Ю. Гарашко [11]. Системность и иерархический характер названа М. Н. Марченко качественной особенностью «форм и источников права, рассматриваемых в рамках национальных правовых систем» [8, с. 95].

Анализ публикаций, выстраивающих систему источников права исходя из национальных особенностей, даёт основание утверждать, что авторы испытывают некоторые затруднения в реализации избранного направления исследования. В связи с этим отдельным системам отказывают в свойствах системности источников права, предлагаются разнородные трактовки конфигурации системы источников и системообразующих факторов в аналогичных правовых системах.

Так, М. Н. Марченко указывает на то, что уровень системности и иерархичности в источниках и формах права неодинаков. В большей степени он появляется в формах права, в меньшей — в естественных и позитивных источниках. А. Ю. Гарашко утверждает, что в международном праве свойства системности отсутствуют. На наш взгляд, этот вывод является достаточно спорным, поскольку систематизация международного права осуществлялась на основе сложившихся парадигм международного права, то есть на базе такого источника, как доктрины.

Стоит заметить, что алармистские суждения по поводу системности международного права высказывались с завидной регулярностью на протяжении последних полутора десятков лет [12]. В частности, обращается внимание на то, что выработанная на основе Вестфальской системы ориентация на национальное государство, позитивистские определения международного права, публичной власти неприменимы к негосударственным субъектам, неформальным нормативным структурам, экономической власти в условиях глобальных политико-экономических отношений, что вызывает кризис легитимности.

Применение системного подхода вызывает определённые затруднения в тех случаях, когда атрибутирование национальной правовой системы и семьи не представляется возможным или оно неоднозначно. Например, российскую правовую систему относят и к романо-германской правовой семье, считают частью особого византийского права (С. С. Алексеев) [13], славянского права, социалистического (М. Н. Марченко) [8].

Кроме того, как справедливо указывает Т. В. Гурова, следует учитывать известную долю допущения при отнесении России к романо-германской правовой семье именно в рамках вопроса о типологии и системе источников права. Формальное вхождение России в состав указанной семьи в XVIII веке не устранило, а напротив, упрочило разрыв между «духом» закона (материальными источниками права) и его «буквой» (системой формальных источников) [14, с. 73]. Указанная дихотомия и самостоятельный аспект несводимости российского права к романо-германской семье обусловлены, по мнению К. Осакве, недостаточным «очищением» доктрины от советской правовой идеологии [15, с. 13].

Следующим подходом к классификации источников права можно назвать попытки построения её через функциональные связи между элементами системы источников.

Сущность этого подхода можно свести к уже известной дифференциации форм и источников или источников позитивного и естественного права. Причём в том или ином варианте в большинстве исследований закрепилось явное или неявное признание наличия двух систем, обладающих отличающимися свойствами или, если говорить о естественном праве, идеальных источниках, вообще не обладающих свойствами системности. В частности, различаются система форм права (иерархическая) и система источников права (неиерархическая).

В том же ключе следует рассмотреть спор об источниках естественного и позитивного права. Для

большинства специалистов аксиомой является положение о том, что для позитивного права иерархичность — имманентное и необходимое качество, при этом основным системообразующим фактором является воля государства (суверена). Сложнее с естественным правом. Составляющие естественное право нормы и принципы отдельные авторы называют несистематизируемыми (А. Ю. Гарашко). Другие учёные, напротив, видят в них фактор, систематизирующий право [16].

Большинство теоретиков права вслед за М. Н. Марченко утверждают, что источники естественного права лишь тогда обретают качества системности и иерархичности, когда они становятся источниками позитивного права. В противном случае их можно рассматривать только на одном уровне — системном. Иерархии же между ними не существует, поскольку между ними нет ни структурного, ни функционального, никакого-либо другого по своему характеру иерархического соподчинения.

Ещё один распространённый подход к классификации источников права — это поиск основного системообразующего фактора. Основная проблема такого подхода — объективность и действительность тезиса о наличии явлений, скрепляющих правовую систему и выступающих основой для построения унифицированной системы источников.

В качестве основного, но не единственного системообразующего фактора исследователи указывают на государство. В. В. Нырков называет «истоками унификации системы правовых актов такие явления, как единство социальной системы и общественных отношений её составляющих, реальное легитимированное единство государственной власти, национально-государственное единство» [17, с. 66]. В условиях, когда российское общество характеризуется социологами и политологами как многосоставное [18], подобные утверждения вызывают закономерные сомнения.

Малоубедительным представляется тезис Б. Б. Балданова о действии в качестве системообразующих стабилизирующих факторов естественных исторических процессов и духовно-культурной составляющей, в которой заключены национальные правовые традиции и вековые морально-нравственные устои [19]. В исторических, социальных, философских исследованиях тезис о расколотости российского общества, а также о сосуществовании в рамках социальной системы нескольких обществ, даже цивилизаций и их периодической «встрече» (нередко — конфликтной) является практически аксиомой.

Ещё один подход к классификации источников — через систему отраслей права и систему законодательства. В рассматриваемом контексте качество системности источников права вызывает большие споры.

Критические замечания включают следующие основные тезисы. Во-первых, не все исследователи согласны с системным строением права, указывая на то, что признаки отрасли права крайне субъективны и не могут восприниматься однозначно. Во-вторых, отраслевое деление права в условиях трансформации правовых систем объективно приводит к сложностям и необходимости игнорировать принцип избыточности. В качестве примера сошлемся на дискуссию о Конституции Российской Федерации как источнике той или иной отрасли права, на развернувшуюся в последнее время дискуссию вокруг источников уголовного права.

Исследования подтверждают идею о том, что юридическая практика тяготеет к конкретному типу правопонимания, что объясняется социальной потребностью в действенном регулировании отношений и необходимостью подготовки квалифицированных специалистов.

Традиции романо-германской правовой семьи и не окончательно изжитое наследие социалистического права (в социалистическом государстве нормативные правовые акты признавались единственным носителем, формой бытия юридических норм [13]), а также положения Конституции РФ (ч. 2 ст. 4) позволяют сделать следующий вывод. Нормативные правовые акты являются однозначно признанными государством официальными

источниками права современной России. Однако ни в самом законодательстве, ни в доктрине не существует единства понимания того, какие именно формы закрепления правовых норм относятся к числу нормативных правовых актов. Здесь можно выделить, как минимум, два основных подхода.

Согласно первому — расширительному — к данной категории относятся все способы бытия правовой нормы. Иными словами, в состав категории нормативных актов включаются и нормативные договоры, и акты судебного правотворчества, и принципы права. Например, А. В. Нестеров в работе, посвящённой классификации правовых актов, относит судебные акты, имеющие нормативный характер, например, решения Конституционного Суда РФ, к числу официальных нормативных правовых актов [20]. Очевидно, что в данном случае категории «источник» и «форма» права отождествляются. Реализация данного подхода делает бессмысленной саму постановку вопроса о самостоятельности судебной практики, нормативного договора, принципов права, прав человека в качестве источника права.

Большое признание получила точка зрения, согласно которой к числу нормативных актов относится специфическая, достаточно узкая группа источников — законы, подзаконные нормативные акты, в том числе, локальные нормативные акты. Эта позиция не является бесспорной. Для иллюстрации достаточно упомянуть дискуссию о соотношении «широкого» и «узкого» понимания термина «законодательство», а также непрекращающиеся споры вокруг возможности признания актов локального нормотворчества в качестве нормативно-правовых. Одной из характерных проблем системы нормативных правовых актов на протяжении советской и постсоветской истории является конфликт между законом и подзаконными правовыми актами, положения которых нередко подменяют собой или отменяют нормы законов, что породило феномен «указного права».

Помимо названных, в исследованиях выделяются и иные, не менее важные спорные вопросы классификации нормативных актов. Например, выделяются проблемы деления актов на виды, соотношения их между собой и с индивидуальными актами, структурирования системы нормативных актов в федеративном государстве, определения структуры самих нормативных актов, их языка и др. Л. А. Морозова акцентирует внимание на проблеме делегированного правотворчества органов местного самоуправления, которые не обладают статусом и полномочиями органов государственной власти [21].

Самостоятельной проблемой является статус кодифицированных актов в системе законодательства. Унифицированного формального закрепления места кодекса в российской правовой системе не существует, в доктрине же высказываются разнообразные позиции [22].

В числе спорных вопросов классификации источников права проблема принципов права, по нашему мнению, является одной из наиболее острых. Несмотря на значимую роль принципов права, в науке до сих пор нет единого понимания данной категории. Одни авторы полагают, что принцип — это руководящая идея, отражающая существо общественных явлений и общественных отношений и направляющая поведение людей в соответствии с объективными закономерностями исторического развития. Другие считают, что принцип — это норма права, содержащая наиболее общие положения. Так, «принципы представляют собой нормы права, но лишь с более общим и принципиальным содержанием» [23, с. 55].

Сторонники признания принципов права формальными источниками оперируют фактом конституционного закрепления приоритета общепризнанных принципов международного права (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ). Сложность заключается в неопределённости идентификации данного вида принципов на уровне как национального, так и международного права. В ст. 38 Статута Международного Суда ООН зафиксировано, что при разрешении споров данный орган, наряду с конвенциями и обычаями, применяет «общие принципы права,

признанные цивилизованными нациями»[1].

Однако, как свидетельствует И. И. Лукашук, единой трактовки содержания понятия «принцип» не существует [24]. Более того, доминирующее в доктрине равенство принципов сегодня в практике международных отношений вступает в явный конфликт с реалиями, что требует поиска основ построения их иерархии [25].

Наиболее распространённым в современной отечественной литературе является представление о том, что принципы–идеи как самостоятельный источник права не могут существовать. Они становятся источниками права посредством закрепления или выражения их в официально-документальных формах, содержащих правовые нормы. Нередко к числу подобных форм относят те, которые имеют спорную природу (религиозные тексты, юридическая доктрина и др.), что вызывает закономерный вопрос о целесообразности подобной операции.

Поводом к разногласиям в научной среде служит тот факт, что далеко не все принципы, даже признаваемые доктринально и укоренившиеся в общественном сознании, получают реализацию в нормативных актах. Позволим себе высказать предположение о явной зауженности содержания принципа гуманизма в том виде, как он закреплён в ч. 1 ст. 7 УК РФ — обеспечение безопасности человека. В этой связи можно согласиться с мнением А. Н. Бабая по поводу очевидного несоответствия формального и доктринального содержания правовых принципов в российской правовой системе. Он также делает вывод о самостоятельном существовании доктринальных правовых принципов как источников права [7].

Вместе с тем напрашиваются критические замечания относительно предложения В. В. Ершова, который предлагает закрепить правовые принципы в качестве основного источника российского права [26]. Разобщённость российского социума, диагностируемый рост уровня конфликтности, агрессии нивелирует попытки установления унифицированного содержания даже базовых этических понятий: справедливости, гуманизма, равенства. По нашему мнению, рассмотренные с позиций, например, социологического подхода к правопониманию эти категории на нынешнем этапе общественного развития России будут наполнены противоположным содержанием в зависимости от национальных, территориальных, возрастных и иных факторов. В этой связи возможность их формализации представляется утопичной.

Некоторое промежуточное положение в классификации источников права занимают правовые обычаи. Известный цивилист конца XIX в. – начала XX в. И. А. Покровский считал, что «обычай есть непосредственное проявление народного правосознания, норма, свидетельствующая о своем существовании самим фактом своего неуклонного применения» [27, с. 52]. «Под юридическим обычаем — утверждал видный философ права Е. Н. Трубецкой, — разумеются такие правовые нормы, которые сложились путем постоянного применения одних и тех же правил к однородным случаям жизни. Такие нормы могут слагаться как при участии, так и без участия органов государственной власти. Но, во всяком случае, они возникают без прямого предписания власти; в этом отличительная черта обычая от закона в обширном смысле» [28, с. 98].

Представители позитивистского направления в юриспруденции считали, что по условиям своего образования правовые обычаи складываются весьма медленно. Поэтому, только удовлетворяя назревшим запросам жизни законодательным путем, государственная власть поддерживает жизненность и устойчивость сложившегося временем порядка.

В современной науке обычаи принято определять как устойчивые и достаточно распространенные в определенной сфере правила поведения, которые в результате многократного, длительного повторения

[1] Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключённых СССР с иностранными государствами. М., 1956. Вып. XII. С. 47–63.

становятся привычкой, обыкновением, соблюдаемыми добровольно [29]. Обычаи передаются из поколения в поколение и живут веками, возможно, и тысячелетиями. Для людей исполнение обычаев может быть более важным, чем соблюдение законодательных установлений. В противном случае их может ожидать осуждение родных и близких, а в принципиальных случаях и отказ от признания в качестве родственника.

Общеизвестно, что обычай явился первоосновой обычного права. По мнению А. И. Першица, в доклассовом обществе первобытные поведенческие нормы сочетали в себе особенности моральных и правовых норм. Их симбиоз он назвал мононормой [30]. Как считает Ю. И. Семенов, обычное право наряду с табуитетом и моралью доклассового общества является формой общественной воли, направленной на самосохранение и выживание социальной группы (социально-исторического организма), в среде как родственных, так и чужеродных общин [31]. Отечественный правовед А. М. Ладыженский определял обычное право как «совокупность определенных правил поведения, обязательных для всех членов общества и регулирующих отношения между ними» [32, с. 159]. Обычное право регулирует лишь часть общественных отношений, которые в настоящее время регулируются современным правом, а также общественные отношения, которые в настоящее время не подпадают под правовую регламентацию (архаический институт изгнания) [8].

Многократное повторение похожих действий (поступков) в повседневной жизни, обеспечивающее стабильность в обществе, откладывается в памяти и сознании его членов как правильное, поскольку соответствует их представлению о нормальном. Наличие общепризнанного стандарта поведения ограничивает «произвол отдельных лиц и обеспечивает независимость участников правового общения от таких случайных обстоятельств, как физическая сила или хитрость партнёра, ставя всех обнимаемых правилом лиц в равное положение» [33, с. 77].

Во всех случаях правовые обычаи должны находиться в пределах правового поля, в сфере правового регулирования, а не за их границами. И, конечно, они не могут противоречить действующему законодательству. Правовые обычаи призваны способствовать правореализационному процессу, дополнять и обогащать механизм юридического опосредования разнообразных общественных отношений.

Специфика положения данной формы в системе источников российского права обусловлена целым рядом обстоятельств. Это, во-первых, исторические особенности его бытия в национальной правовой системе: в России, в отличие от Запада, роль обычаев в правовой системе оставалась весьма значительной вплоть до 1917 г. [2, с. 44–48]. Более того, в советской правовой системе обычаи не исчезли, а видоизменились и приобрели иные черты. Во-вторых, особый полуформальный статус обычаям в настоящее время придаёт тот факт, что согласно ст. 5 Гражданского кодекса РФ обычаи применяются для регулирования гражданско-правовых отношений в случае непротиворечия их законодательству или договору.

До настоящего времени примерно в 35-ти федеральных законах и ряде указов Президента Российской Федерации были закреплены правовые обычаи, применяемые для регулирования возникающих правоотношений. Обычное право наиболее востребовано при регулировании гражданско-правовых и смежных с ними отношений (обычаи делового оборота), в морском и речном праве (обычаи торгового мореплавания), при регулировании национально-государственных отношений, правил поведения гражданского служащего и ряде иных сфер публично-правовых отношений [34].

В этой связи на протяжении постсоветского периода не прекращается дискуссия о содержании понятия «правовой обычай», соотношении разнородных обычных норм в регулировании общественных отношений. Некоторые авторы (О. В. Малова, Н. Н. Вопленко и др.) указывают на признание государством, позитивацию как необходимое условие признания правового обычая источником права [35]. При этом другие авторы (А. Н. Бабай

и др.) доказывают, что в современном российском частном праве закон разрешает использовать правовые обычаи напрямую, без их конкретизации, в публичном же праве они, как правило, формально фиксируются [7].

Обсуждение и заключения. В современной российской науке теории права, в отраслевых юридических исследованиях проблема источников права является одной из наиболее дискуссионных. Исследовательская позиция по вопросу об источниках права является своеобразным индикатором, отражающим тип правопонимания учёного, авторские представления о генезисе правовых институтов. Состояние дискуссии о соотношении понятий формы и источника права, а также очевидный экстенсивный характер основной массы исследований свидетельствуют о наличии в отечественной правовой науке ряда существенных проблем. Эти проблемы влияют и на правотворчество, и на правоприменительную практику. Представляется, что предлагаемые радикальные способы их решения, в том числе, посредством принятия специального закона «о нормативных актах» являются паллиативными.

Изучение основного противоречия, вокруг которого преимущественно выстраивается рассматриваемая проблема — соотношение форм и источников права — указывает на то, что в основе её лежит конфликт концепций правопонимания. Дуализм форма (источник), являвшийся для советской науки методологическим приёмом, позволявшим выйти за рамки позитивистского правопонимания, в настоящее время является архаизмом. В этой связи в работе были рассмотрены и обобщены материалы исследований, в которых предпринимаются попытки выхода за рамки указанного противоречия.

Основы системы и иерархии источников права закреплены в действующей Конституции Российской Федерации, которая провозгласила Россию демократическим правовым государством и по-новому разграничила компетенции между ветвями государственной власти, федерацией и ее субъектами. В эту иерархическую систему входят Конституция РФ и законы, другие нормативные правовые акты, нормативные договоры (международные и внутрифедеральные), правовые обычаи. Они являются своеобразными «резервуарами», «хранилищами» правовых предписаний. Признание нормативного акта источником права влечет за собой важные юридические последствия.

Центральной проблемой теории источников права на современном этапе развития науки является выстраивание их целостной и непротиворечивой системы. Основную трудность в этом процессе составляет отсутствие чёткого теоретического представления о предмете систематизации, а также ряд противоречий и пробелов нормативного закрепления статуса отдельных форм существования права, касающихся, прежде всего, международных договоров, актов высших судов, актов муниципального нормотворчества. Основным фактором, нивелирующим попытки систематизации источников права, является господство позитивистского по сути тезиса об обязательном иерархическом характере указанной системы. Главенствующая роль в ней того или иного источника напрямую зависит от разделяемого автором типа правопонимания. Причем достаточно очевидно отрицание правосознанием научного сообщества и правоприменителей самой возможности отказа от иерархической модели. Справедливым нам видится мнение относительно сложности практической реализации идеи о возможности признания равной степени нормативности за официально-документальными формами бытия права и, например, доктриной или правовыми принципами. Однако развитие подобных идей в теоретических разработках позволит учению об источниках права выйти из существующего методологического тупика.

Таким образом, система источников российского права продолжает динамично и не бесконфликтно развиваться. Происходит неуклонное расширение круга источников права в российской правовой системе. Это явление специалисты напрямую связывают с процессом сближения основных правовых систем — романо-германской и англо-саксонской как прямое следствие этого сближения. Одновременно происходит перераспределение роли и

места источников в общей системе права. Например, под воздействием взаимовлияния национальной и международной правовых систем, объективных условий жизни общества очевидно повышение роли судебной практики, нормативных договоров, принципов международного права.

Список литературы

1. Купалов, В. А. Поднормативное правовое регулирование / В. А. Купалов, Ю. В. Медная. — Саратов, 2009. — 199 с.
2. Данцева, Т. Н. Формальные источники права : автореф. дис. … канд. юрид. наук / Т. Н. Данцева. — Красноярск, 2007. — 24 с.
3. Кобзева, С. И. Источники права социального обеспечения России / С. И. Кобзева. — Москва, 2009. — 405 с.
4. Практика применения Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации: практич. пособие / под ред. В. Н. Соловьева. — Москва, 2009. — 667 с.
5. Шебанов, А. Ф. Форма советского права / А. Ф. Шебанов. — Москва, 1968. — 212 с.
6. Вопленко, Н. Н. Источники и формы права / Н. Н. Вопленко. — Волгоград, 2004. — 102 с.
7. Бабай, А. Н. Становление и развитие отечественной концепции источников права / А. Н. Бабай // История государства и права. — 2010. —№ 14. — С. 44–48.
8. Марченко, М. Н. Проблемы общей теории права и государства: в 2-х т. / М. Н. Марченко. — Москва, 2016. — Т. 2. — 643 с.
9. Шершеневич, Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. — Москва, 1911. — Вып. II. — 698 с.
10. Дробышевский, С. А. Формальные источники права / С. А. Дробышевский, Т. Н. Данцева. — Москва, 2011. — 160 с.
11. Гарашко, А. Ю. Особенности системных свойств источников права : автореф. дис. … канд. юрид. наук / А. Ю. Гарашко. — Москва, 2013. — 25 с.
12. Берлявский, Л. Г. Современное международное право: концептуальные подходы к определению / Л. Г. Берлявский // Государственная власть и местное самоуправление. — 2015. — № 3. — С. 14–19.
13. Алексеев, С. С. Общая теория права: в 2-х т. / С. С. Алексеев. — Москва, 1981. — Т. 1. — 360 с.
14. Гурова, Т. В. Актуальные проблемы теории источников права : дис. … канд. юрид. наук / Т. В. Гурова. — Самара, 2000. — 188 с.
15. Осакве, К. Типология современного российского права на фоне правовой карты мира / К. Осакве // Государство и право. — 2001. — № 4. — С. 12–22.
16. Воронин, М. В. Основания и проявления системности права : автореф. дис. … канд. юрид. наук / М. В. Воронин. — Казань, 2013. — 32 с.
17. Системность и эффективность правовых актов в современной России / под ред. А. В. Малько, Р. В. Пузикова. — Тамбов, 2011. — 426 с.
18. Лейпхарт, А. Демократия в многосоставных обществах / А. Лейпхарт. — Москва, 1997. — 287 с.
19. Балданов, Б. Б. Система источников современного российского права: теоретико-правовой аспект : автореф. дис. … канд. юрид. наук / Б. Б. Балданов. — Санкт-Петербург, 2010. — 19 с.
20. Нестеров, А. В. Классификация правовых актов / А. В. Нестеров // Государство и право. — 2013. — № 7. — С. 5–11.
21. Морозова, Л. А. Проблемы качества нормативного правового регулирования в современной России /

Л. А. Морозова // Правотворчество в Российской Федерации : сб. науч. ст. / отв. ред. В. М. Сырых, М. А. Занина. — Москва, 2010. — С. 132–138.

22. Топорнин, Б. Н. Система источников права: тенденции развития / Б. Н. Топорнин // Судебная практика как источник права. — Москва, 2000. — С. 9–45.

23. Гладких, Д. Н. Принцип добросовестности в гражданском праве / Д. Н. Гладких // Законодательство. — 2012. — № 1. — С. 53–62.

24. Лукашук, И. И. Международное право. Общая часть : учебник / И. И. Лукашук. — Москва, 2005. — 432 с.

25. Байльдинов, Е. Т. Новое международное право: к вопросу о сущности / Е. Т. Байльдинов // Московский журнал международного права. — 2013. — № 2. — С. 90–102.

26. Ершов, В. В. Система форм права в Российской Федерации / В. В. Ершов // Российское правосудие. — 2009. — № 1. — С. 7–15.

27. Покровский, И. А. История римского права / И. А. Покровский. — Санкт-Петербург, 1999. — 555 с.

28. Трубецкой, Е. Н. Лекции по энциклопедии права / Е. Н. Трубецкой. — Москва, 1917. — 183 с.

29. Теория государства и права: учебник / Н. И. Матузов, А. В. Малько. — Москва, 2004. — 776 с.

30. Першиц, А. И. Проблемы нормативной этнографии / А. И. Першиц // Исследования по общей этнографии. — Москва, 1979. — С. 210–240.

31. Семенов, Ю. И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право / Ю. И. Семенов // Этнографическое обозрение. — 1997. — № 4. — С. 3–24.

32. Ладыженский, А. М. Методы этнологического изучения права / А. М. Ладыженский // Этнографическое обозрение. — 1995. — № 4. — С. 157–165.

33. Дождев, Д. В. Римское частное право / Д. В. Дождев. — Москва, 2006. — 784 с.

34. Берлявский, Л. Г. Место обычно-правовых норм в системе источников современного российского права / Л. Г. Берлявский, В. А. Расчетов // Российская юстиция. — 2014. —№ 1. — С. 2–6.

35. Плоцкая, О. А. К вопросу о дискуссионности понимания категорий «обычай» и «правовой обычай» как источника права / О. А. Плоцкая // Право и государство: теория и практика. —2013. — № 3. — С. 22–25.

Поступила в редакцию 18.01.2023.
Поступила после рецензирования 01.02.2023.
Принята к публикации 03.02.2023.

Об авторе:

Берлявский Леонид Гарриевич, профессор кафедры «Гражданское право» Донского государственного технического университета (344003, РФ, г. Ростов-на-Дону, пл. Гагарина, 1), профессор кафедры конституционного и муниципального права Ростовского государственного экономического университета (РИНХ) (344002, РФ, г. Ростов-на-Дону, ул. Большая Садовая, 69), доктор исторических наук, кандидат юридических наук, ORCID, ScopusID, berlg@yandex.ru

Конфликт интересов

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Автор прочитал и одобрил окончательный вариант рукописи.